

كلية الحقوق

الظفر بالحق

فى الفقه الإسلامى المقارن

دكتور

جابر على مهران

~~أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد~~

عميد كلية الحقوق - جامعة أسيوط

مقدمة

الظفـــر بالحـــــق

أمر الله تعالى عباده بالوقوف عند حدود الأحكام من واجـــب وحـــلال وحرام ، وتنفيذ العباد لشرع الله سبحانه وتعالى فيـــه صلاحهـــم فـــى عـــاجلهم وآجلهم، ولكن البشر كثيراً ما تجنح به نفسه إلى تحقيق الخير لها ، ولو ترتـــب على ذلك شر للآخرين ، وقليل منهم يرغب الوقوف عند الأوامـــر والنواهـــى ، ويزن اعماله بميزان الشرع ، فينفذ المشروع منها ، ليعود عليه الخير العميم فى العاجل والآجل .

وإذا كان للإنسان حق الملكية للأعيان والمنافع ، وجعـــل الشـــارع لهـــا أسباباً كثيرة ، فان الاعتداء على هذا الحق يستوجب مؤاخذة المعتدى بما يتناسب مع فعله .

لكن قد يحدث أن يكون المستحق مأخوذاً بسبب مشروع على غير سبيل التملك فأنكره الآخذ أو ضاعت بينة صاحبه أو كان الآخذ أقوى من صاحبه ولا يستطيع أن يأخذه مالكه عن طريق القضاء ، وظفر بحقه فهل له أن يأخذه ؟

وفى غير الأموال إذا قتل إنسان غيره أو قذفه وتمكن صاحب الحق فى العقوبة من إقامتها فهل له ذلك ؟

نجيب فى هذا البحث عن هذا السؤال " الظفر بـــالحق " وهـــذا يقتضـــى تفصيل القول فيه لنبين الحكم فى ذلك كله سواء أكان الظفر بالحق فى العقوبات ،

أو إستيفاء الحق المتعلق بالنكاح واللعان والإيلاء والطلاق بالاعسار والاضرار ، أو كان الاستيفاء يترتب عليه مفسده تزيد على ضياع الحق كفساد عضو وأيضاً نبين متى يشرع الظفر بالحق دون رجوع إلى القضاء مع تحديد المواضع التى يشرع فيها أخذ الحق إذا ظفر به ، وغير ذلك من الأمور التى تتعلق بهذا الموضوع .

ويقتضى البحث أن نعرف ما كان عليه أمر العرب قبل الاسلام لنعلم إلى أى مدى كان الاسلام حريصاً على السمو بالانسان الذى جعله الله تعالى أفضل الخلائق وأكرمها ، ولهذا أوجب أن يكون التعامل خالياً من الشوائب التى تشين الانسان وصدق الله حيث قال : " ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا " آية ٧٠ سورة الاسراء .

ولهذا فإننى سأتكلم عن حكم الظفر بالحق عند العرب قبل الاسلام ، ثم أتكلم عن الظفر بالحق فى حكم الاسلام .

وقد أستعنت فى معرفة أحكام الظفر بالحق فى العرف القبلى بأستاذى الدكتور / محمود سلام زناتى .

وعلى هذا فإننى أقدم حكم الظفر بالحق فى العرف القبلى ثم بعد ذلك نبين حكم الشريعة الاسلامية . فالبحث يتضمن :-

أولاً : تمهيد : فى معرفة الظفر بالحق فى العرف القبلى .

ثانياً : الظفر بالحق فى الشريعة الاسلامية .

والظفر بالحق من حيث الحكم ينقسم إلى خمسة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بالظفر بالحق .

المبحث الثاني: الحقوق التى يحرم الظفر بها

المبحث الثالث : مايشرع فيه الظفر بالحق باتفاق الفقهاء..

المبحث الرابع : ما اختلف الفقهاء فى جواز الظفر فيه من الحقوق .

المبحث الخامس : القيود والأحكام المتعلقة بالظفر بمال المدين .

وكل مبحث من هذه المباحث سنتناولها فى عدة مطالب .

ونبدأ بالتمهيد أولاً مستعيناً بالله تعالى راجياً منه سبحانه جل شأنه أن يوفقنى إلى ما يرضاه وأن ييسر لى طريق البحث وأن يبعد عنى الموانع والعقبات انه سميع قريب .

المؤلف

تمهيد

فـــى

الظفـــز بالحـــق فى العـــرف القبلـــى

****

عندما يثور نزاع بين شخصين ، ويعرض النزاع على القاضى القبلى ، يطلب القاضى إلى كل من الطرفين تقديم كفيل يضمن قيامـــه بتنفيـــذ الحكـــم إذا صدر فى غير صالحه . وفى الأعم الأغلب من الحالات يبادر المحكوم ضده إلى تنفيذ الحكم خوفاً من مغبة الامتناع عن تنفيذه وما يترتب على ذلك مـــن نتـــائج بالغة الضرر به . فالكفيل يكون فى العادة احدى الشخصيات البارزة فى جماعة المكفول ومن ثم يحس هذا الأخير الاساءة إليه . لأن من صدر الحكم لصالحـــه سوف يعمد إلى تسويد وجه الكفيل لأن المكفول لم ينفذ التزامه . ومن حق الكفيل فى هذه الحالة أن يطالب المكفول برد مادفعه لخصمه تنفيذاً للكفالة ، ومن حقـــه فضلاً عن ذلك أن يقاضيه ويحصل منه على تعويض باهظ للضرر الأدبى الذى لحق به بسبب تسويد وجهه واظهاره بمظهر الشخص التافه الذى لا وزن لـــه ، العاجز عن تنفيذ ما تعهد به . فالتزام كل من الخصمين المتنازعين تقديم كفيـــل عند بدء النظر فى الدعوى يضمن فى الأعم الأغلب من الحالات تنفيـــذ الحكـــم الصادر فيها .

غير أن مسألة تمكين صاحب الحق من الحصول على حقه قد تثور فـــى حالات لا توجد فيها دعوى معروضة على القضاء . فقد يكون لشخص دين قبل آخر ويرغب الحصول عليه دون الالتجاء إلى مقاضاة خصمه ، وقـــد تمخـــض العرف القبلى عن إجراء يمكن للدائن الاستعانة به للحصول على حقه من المدين

وهذ الاجراء هو المعروف باسم الوساقة أو الوسقة أو الوثاقة تبعاً للقبائل . ويتلخص هذا الاجراء فى استيلاء الدائن على أخذ أموال مدينه وايداعه أياه لدى طرف ثالث ومطالبته هذا الطرف الثالث بأن يسلمه إليه فى بيته ليكون رهينة لديه ، كوسيلة للضغط على المدين للوفاء بما عليه .

وللوسقة أو الوساقة أو الوثاقة شروط معينة جرى بها العرف لابد من أتباعها واحترامها لكى يترتب عليها أثرها والا عجزت عن تحقيق المقصود منها.

فلدى الرشايدة (وهى قبيلة عربية هاجرت إلى السودان فى القرن التاسع عشر) إذا حل أجل الدين ولم يدفع المدين ، فان للدائن الحق فى أن يعقل ناقة المدين أمام أى منزل من منازل الحى ، ولا يستطيع الدائن أن يتصرف فى الناقة عندئذ حتى يعقد مجلس ويدفع فيه للدائن دينه أو يتكفل أحد الحضور بدفع الدين على أن يتقاضى الكفيل الدين مضاعفاً بعد فترة أخرى: (السنى باتقا ، ص ٦٨).

ولدى عشائر العراق تستخدم الوسقة للوصول إلى مال مغصوب أو مسروق أو غير ذلك من غير الطريق القانونى . فاذا ظفر صاحب الحق بشىء ولم يتمكن من استخلاصه لضعف منه ، أو لبعد أهله وعدم قدرته على الطلب أو ما ماثل ، أخذ ما يصلح لاستيفاء حقه سواء من السارق نفسه أم من أحد أقاربه وأودعه فى الحال عند أحد أفراد قبيلته ممن هو فوق الخامس . ودعاه إلى إيصاله إليه وأنه كفيل . وحينئذ يكون هذا الشخص ملزماً بايصاله بأى واسطة وحسب قدرته . وفى هذا الاجراء كما يقولون . قربة للحق ، ودعوة للصلح وتحريض من الأقارب على الفصل : (العزاوى ، جـ١ ص ٤١٢) .

ولدى بدو سيناء تتمثل الوثاقة فى رهائن من الأبل تؤخذ خلسة للحصول على حق ممطول . فاذا ادعى رجل على آخر بحق ولم يذعن المدعى عليه للحق

ولا سمى قاضياً للفصل فى الدعوى أشهد عليه بذلك وأصبح له الحق فـى أخـذ الوثاقة من إبله أو إبل عشيرته .

وللوثاقة لدى بدو سيناء شروط معينه تتمثل فيما يلى :-

أولاً : إذا كان الخصم من قبيلة من يريد الالتجاء إلى الوثاقة ، وجب على هـذا الأخير أن يشهد على خصمه بذلك أربع مرات متوالية فى أربع جلسـات والشمس طالعة قبل أن يشرع فى أخذ الوثاقة . وفى رمضان يجوز له أن يشهد على خصمه ليلاً .

ثانياً : يشترط لصحة الوثاقة أن تناخ الجمال الموثوقة عند بيت رجل مهذب وأن يقال لرب البيت " إنى أضع هذه الوثاقة عندك فى حقى عند فلان " . فان أدرك صاحب الابل الموثوقة إبله قبل إدخالها فى بيت الرجـل المهـذب قاتل أحدهما الآخر . وأكثر شرور البدو فى سيناء وغيرها تنجـم عـن الوثاقة .

ثالثاً : تستثنى من أحكام الوثاقة بعض الابل التى لا يجوز للخصـم الاسـتيلاء عليها وأرتهانها . ففى عرفهم أن الهجن الأصيلة لا توثق مـا دام يوجـد غيرها . ومن أمثالهم " الهجن منذرة الطلب " فاذا أخذت بالوثاقـة جـر صاحبها الواثق إلى الزيادى وحاكمه وحك عليه ومن الهجن التى لا توثق هجن الضيوف . ومن أمثالهم " الضيف من المحصنات " . ومـن عـادة المضيف أن يلطخ رقبة جمل ضيفه بدم الذبيحة حتى إذا ما جـاء أحـد يطلب الوثاقة منه لا يقرب هذا الجمل احتراماً لضيفه (شقير ، جـ ، ص ٤٠٧) .

ولدى بدو بير سبع تتطلب الوساقة شروطاً معينة ، وعـدم مراعـاة أى منها قد يجعل من أخذ الرهينة سرقة تستتبع جزاءاً .

فثمة أشياء يحظر العرف الاستيلاء عليها :-

منها مثلاً الحصان الأصيل أو الفرس الأصيلة ، فقد يستخدم الحصان الأصيل فى اعتلاء فرس ومن ثم يحصل صاحبها على فائدة دون وجه حق ، وقد يعتلى الفرس حصان غير أصيل فتلد مهراً أدنى مستوى .

ومنها الأسلحة فلا ينبغى أن يجرد الرجل من الوسائل التى يحمى بها نفسه.

ومنها أى حيوان يستخدم فى نقل الماء إلى بيت الخصم ، فحرمان أسرته من الماء يوقع بهم عقوبة لا مبرر لها

ومنها الأمتعه الشخصية فالمفروض أن أخذ رهينة موجه نحو أموال الرجل لا نحو شخصه .

وفى القضايا المدنية من الممكن للشاكى أن يأخذ فقط أموال الشخص المسئول مباشرة عن شكواه ، أما فى قضايا الدية والسرقة من الممكن الإستيلاء على أموال الجانى وأى من أقاربه .

كذلك لا يسمح بالاستيلاء علي مال لضيف أو لائذ بخيمة الخصم ولو كان الزائر مديناً للمضيف .

وعلى الواسق عند استيلائه على أحد أموال مدينه أن يعلن ذلك أمام أحد الشهود وأن يضع المال بين يدى شخص مؤتمن يحوزه إلى حين إتفاق الطرفين أو صدور قرار من الزيود .

وتغيير سمة الحيوان المأخوذ كرهينة يعد جرماً خطيرًاً كذلك لا ينبغى انكار أو اخفاء أى مال من الأموال المأخوذة على سبيل الوساقة .

واذا أخذ رجل أياً من الأشياء المحظورة أو استولى على انسان ، غرمه القضاة غرامة باهظة ، وفقد كل حقوقه التى لجأ من أجلها إلى الوساقة .

وإذا ثار نزاع بين ا لمواسق وخصمه حول صحة الوساقة يرجـــع إلـــى الزيود وحكمهم نهائى . (العارف ، ص ١٥١)

ويشترك مع الظفر بالحق بعض الألفاظ لكنها قد تكون أعم فى المعنـــى من كلمة ظفر فكلمة : إستيفاء التى هى مصدر استوفى معناها كما ذكروه أخـــذ المستحق حقه " إلا أن الأخذ هنا عام يشمل الأخذ برضا من عليه الحق ، والأخذ بغير رضاه كما قد قد يكون بحكم القاضى وقد يكون من غير حكم قضائى .

وكلمة إستيلاء وهو لغة وضع اليد على الشئ والغلبة عليـــه والتمكـــن منه. والمعنى الإصطلاحى لهذا اللفظ كالمعنى اللغوى والظفر بـــالحق يخـــالف الإستيلاء من حيث ان الأول : أى الظفر لا يكون إلا بحق ، ويقع على الحقـــوق مطلقاً ، أى سواء أكان محلها عيناً أم لا ، أما الإستيلاء فقد يكون بحق ، وقد لا يكون : بحق ويختص بالأعيان فقط .

المبحث الأول

التعريف بالظفر بالحـــق

****

نتكلم فى هذا المبحث فى مطلبين :

المطلب الأول : فى التعريف لغـــة .

المطلب الثانى : فى التعريف إصطلاحاً .

المطلب الأول

التعريف اللغـــــوى

*****

تعريف الظفر لغـــة : جاء فى المصباح : ويقال لمن أخذ حقه من غريمه فاز بما أخذ أى سلم له واختص به .

وقال الليث : الظفر الفوز بما طلبت والفلج على من خاصمت .

وعلى هذا فالظفر هو الفوز بالمطلوب ويكون معنى الظفر بـــــالحق فى اللغة فوز الإنسان بحق له على غيره. والظفر مصدر ماضيـــــه ظفر .

المطلب الثانـى

التعريف فى الاصطلاح

******

التعريف بالظفر بالحق اصطلاحاً : لم نجد من تعرض لتعريف الظفر بالحق من الفقهاء كما أن المعنى الذى يؤخذ من كلامهم عند التعرض لبيان حكمه لا يخرج عن المعنى اللغوى وعليه فيكون المعنى الاصطلاحى يتفق مع المعنى اللغـــوى أى: هو فوز الانسان بحق له على غيره .

المبحث الثانى

الحقوق التى يحرم الظفـــر بها

****

اتفق فقهاؤنا على تحريم الظفر بالحق من حيث الجملة فى المواضع الآتية :-

١ - إستيفاء العقوبات :

إستيفاء العقوبات من قصاص وحدود وتعزير يجب أن تكون عن طريق القضاء وذلك لعظم خطرها على نفس الانسان ، ولأنه لو استوفاها الإنسان [illegible] غير القضاء وترتب عليها فوات النفس المستوفاة مع ما قد يكون فيه [illegible] فإن هذا الفائت لا يستدرك فوجب الاحتياط فى اثباتها واستيفائها وهـــذا [illegible] محل اتفاق بين العلماء .[1]

وعليه فمن أراد استيفاء حق من هذه الحقوق فعليه الرفع إلـــى الحـــاكم لينظر فيها وفى أسبابها ، وشروطها ، لأن للقضاء من الوسائل ما يتحـــرى بـــه للوصول إلى الحقيقة وهذا ليس متوفراً لصاحب الحق الذى قد تغلبـــه العاطفـــة فيزيغ عن الحق .

ومنع الناس من استيفاء حقوقهم فى العقوبات فيه استقرار المجتمع وأمنه ومنع تعدى بعضهم على بعض وقد يدعون بذلك أنهم يســـتوفون حقوقهم فيكون هذا فتنة فى الأرض وفساد كبير . كما ينبغى أن يكون استيفاؤها على ما تقتضيه السايسة من وجوه الناس[2] .

---

(١) البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٢، منح الجليل جـ٤ ص ٣٢١، تحفة المحتاج جـــ١٠ ص ٢٨٦، مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٦١، المنهاج وشرح المحلى وحاشيته، قليوبى وحاشية عميرة جـ٤ ص ٣٣٤، قواعد الأحكام جـ٢ ص ١٩٧، ١٩٨، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى وحاشية العبادى جـ١ ص ٢٨٦، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٧٩ .

(٢) لعزيز شرح الوجيز جـ١٣ ص ١٤٦ .

وهذا بسبب أن كثيراً من العقوبات لا ينضبط إلا بحضرة الامام سواء فى شدة إيلامها كالجلد أو فى قدرها كالتعزير(١).

فاتفاق العلماء على تحريم استيفاء العقوبات مصلحة ضرورية لا يجوز مخالفتها.

ومع أن العلماء اتفقوا على تحريم استيفاء العقوبات إلا أن السادة الشافعية استثنوا من ذلك حالة عجز صاحب الحق فى العقوبة عن استيفائها بواسطة الحاكم ، بسبب البعد عنه أو بسبب العجز عن الاثبات ، فأجازوا له اذا كان فى بادية بعيدة عن الحاكم أن يستوفى حقه ، سواء أكان قصاصاً أو حد قذف ، أو تعزيراً . وحجتهم لذلك ، الضرورة مع احتمال ضياع الحق اذا لم يستوفه صاحبه فى مثل هذه الحالة .(٢)

وأجاز الحنفيه للولى قتل القاتل عمداً قصاصاً بالسيف ولو لم يقض القاضى بالقصاص وأشترطوا للجواز أن يكون الضرب بالسيف فلو قتله بغير سيف منع وان فعل عزر لكن لا يضمن لاستيفائه حقه .(٣)

وهذا قول عند الشافعية ، يقول العز بن عبد السلام : " لو انفرد القاتل بالقود – بحيث لايرى فينبغى أن لا يمنع منه ، ولا سيما إذا عجز عن إثباته (٤).

وفى نظرى : أن ترك استيفاء العقوبات للسلطة المختصة التى يخولها ولى الأمر هذا الحق هو الأصح ؛ لأن القضاء جعل للفصل فى الخصومات ، فاذا ترك للأفراد استيفاء حقوقهم ، تعدى بعض ، الناس على بعض وأدعوا أنهم يأخذون حقوقهم ، وفى هذا فتنة فى الأرض وفساد عظيم ، فإقامة الحد إنما تثبت

---

(١) قواعد الأحكام جـ٢ ص ١٩٨ .

(٢) حاشية الشروانى وحاشية العبادى على تحفة المحتاج جـ١٠ ص ٢٨٦ .

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ٧ ص ١٩٢ .

(٤) قواعد الأحكام جـ٢ ص ١٩٨ ، نهاية المحتاج جـ٧ ص ٣٠٢ .

للإمام لمصلحة العباد، وهي صيانة أنفسهم وأموالهم وأعراضهم، لأن القضاة يمتنعون من التعرض خوفاً من إقامة الحد عليهم، وتهمة الميل والمحاباة والتوانى عن الإقامة منتفية فى حقهم، وإذا استوفى فقد يستوفى على الوجه، وقد لايستوفى على الوجه، بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر. وإن عجز عن إثبات حقه ، فربما ضاع حقه، فإنه وإن ضاع عليه فى الدنيا، فإنه لن يضيع عليه عند الله سبحانه وتعالى، وهذا القول يترتب عليه مضار إجتماعية جسيمة. أولها - كما سبق القول - تحريك الفتنة، وثانيها عجز الأفراد عن كشف الحقائق - وثالثها تعدى بعض الناس على بعض. وهذا كله كاف لتحريم استيفاء الحق قصاصاً أو حداً لوقوع سبب من الأسباب .

وبناء على هذا يكون مذهب القائلين بالتحريم هو الأصح ، قال القرافي : « ما يؤدى أخذه للفتنة كالقصاص في النفس والأعضاء يرفع ذلك للأئمة لئلا يقع بسبب تناوله تمانع وقتل وفتنة أعظم من الأولي » [١]

وإذا كان الأحناف قد أجازوا للولى قتل القاتل عمداً فإنهم كذلك ذهبوا إلى جواز أن يرد المشتوم على الشاتم بمثل قوله والأفضل له ألا يفعل [٢]، وقالوا ان رد على الشاتم فلا يرد بما هو معصية ، لأن المعصية لا تقابل بمثلها وهذا القول هو ما أخذ به - أيضاً - الإمام القرطبى فى تفسير قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » [٣] ونص كلامه « الإعتداء هو التجاوز ، قال تعالى : « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » [٤] أى يتجاوز ، ومن ظلمك فخذ

---

[١] الفروق للقرافى جـ٤ ص ٧٧ .
[٢] البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٢ .
[٣] آية ١٩٤ سورة البقرة .
[٤] من آية ١ سورة الطلاق .

حقك منه بقدر مظلمتك ومن شتمك فرد عليه مثل قوله ومن أخذ عرضك فخذ عرضه ، ولا تتعد إلي أبويه ولا إلى ابنه أو قريب ، وليس لك أن تكذب عليه وإن كذب عليك فإن المعصية لا تقابل بالمعصية[١].

وفى رأيى أن مذهب المالكية[٢] ، وما قاله بن نجيم[٣] من عدم جواز الرد على الشاتم بمثل قوله ، هو الأصح لأنه لو قلنا بجواز الرد لأدى إلى تعدى بعض الناس على بعض ورسولنا صلى الله عليه وسلم يقول لا ضرر ولا ضرار - فقد نهى صلى الله عليه وسلم عن الضرر والضرار ولا شك أن تعدى الناس بعضهم على بعض ضرر وضرار وهو لا يجوز .

هذا وإذا كان الجواز لا مصلحة فيه فان المنع من رد المشتوم على الشاتم هو الذى يحقق المصلحة لجماعة المسلمين وصدق الله تعالى إذا يقول : «ادفع بالتى هى أحسن فاذا الذى بينك وبينه عداوة كأنه ولى حميم »[٤] .

فإذا كان استيفاء الحق مبنى على التمكين لصاحبه من الشارع فيجوز له أن يستوفيه بنفسه .

وبناء عليه أجاز الفقهاء للزوج أن يستوفى التعزير الواجب له على زوجته بنفسه من غير إذن القاضى فللزوج أن يضربها على عدم إجابته إذا دعاها لفراشه من غير مانع أو مبرر ، ويضربها على ضربها ولده ، وعلى خروجها بغير إذن بغير حق وعللوا ذلك بأن الشارع قد مكن الزوج من استيفاء حقه بنفسه[٥] .

---

(١) تفسير القرطبى .
(٢) أنظر منح الجليل جـ٤ ص ٣٢١ .
(٣) البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٢ .
(٤) من آية ٣٤ سورة فصلت .
(٥) البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٢ .

(٢) إستيفاء الحقوق المتعلقة بالنكاح وفرقـــه :-

المراد بفرق النكاح هنا : اللعان والإيلاء والطلاق بالإعسار والإضـــرار من غير طريق القضـــــاء .

واستيفاء هذه الحقوق جميعاً لا يجوز لخطورتها ، ووجوب الإحتياط فى إثباتها واستيفائها ولأنها تحتاج إلى الإجتهاد والتحرى فى تحقيق أسبابها وهذا كله يختص به الحاكم.

وهذا الحكم وهو عدم جواز استيفاء هذه الحقوق إلا بالرفع للحاكم محـــل إتفاق بين الفقهاء .(١)

(٣) <u>استيفاء ما يترتب على استيفائه من غير قضاء فتنة أو مفسدة</u> :-

ولا يجوز عند أهل العلم استيفاء ما يترتب على استيفائه من غير قضاء فتنة أو مفسدة تزيد على مفسدة ضياع الحق كفساد عضو أو عرض أو نحو ذلك (٢). ولم يقف الأمر عند حد حدوث فتنة أو مفسدة بل إن السادة الشافعية قـــالوا : لا يجوز أخذ الوديعة أو عين اشتراه إذا كانت الوديعة بيد من ائتمنه أو العين بيـــد من اشتراه منه بغير إذن لما فيه من الإرعاب بظن الذهاب بل سبيله الطلب (٣).

---

(١) تهذيب الفروق جـ٤ ص١٢٣، شرح المحلى على المنهاج وحاشية قليوبى وحاشية عميره جـ٤ص ٣٣٤.

(٢) منح الجليل جـ٤ ص ٣٢١، الوجيز فى فقه الشافعية جـ٢ ص ٢٦٠، تحفة المحتاج جـ١٠ ص ٢٨٨، كشاف القناع جـ٤ ص ٢١١، كتاب النيل وشفاء العليل ج٩ ص٦٠٢.

(٣) [illegible]

المبحث الثالث

ما يشرع فيه الظفر بالحق باتفاق الفقهاء

****

نتكلم في هذا المبحث في عدة مطالب :

المطلب الأول

تحصيل الأعيان المستحقة

****

يرى فقهاؤنا وباتفاقهم جميعاً أن من ظفر بحقه إذا كان عيناً من الأعيان كعين تحت يد عادية فله ، أو وليه ، إن لم يكن كاملاً الأهلية ، أخذها مستقلاً بلا رفع لقاضى ، وبلا علم من هى تحت يده للضرورة .

وأشترط المالكية والامامية لتحصيل الأعيان المستحقة أن يأمن صاحب الحق فتنة تحصل بأخذ حقه ، كقتال وإراقة دم وأمن رزيلة ، كنسبته لسرقة أو خيانة بأخذ حقه ، وذكروا أن هذا الشرط لا خلاف عليه[1] .

وللشافعية شرطان[2] ، شرط متفق عليه فى المذاهب والآخر مختلف عليه فيها :-

<u>الشرط الأول</u> : أن لا يترتب على أخذها فتنة أو ضرر .

هذا الشرط الذى نص عليه علماؤهم هو فى معنى الشرط الذى تقدم عند المالكية – أن يأمن الآخذ حقه مستقلاً بلا رفع لقاض ، فتنة أو ضرراً أعظم من ضرر ضياع الحق .

---

(١) منح الجليل جـ٤ ص ٣٢١، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام جـ٢ ص ٨٩١.

(٢) مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٦٣ .

<u>الشرط الثاني</u> : المختلف عليه أن لا يكون قد تعلق بالعين حق كحق المرتهن على العين المزهونة ، أو حق المستأجر على الشيء المستأجر ، فان تعلق بها حق لآخر فليس لصاحبها - المشترى لها - أو غيره أن يأخذها قهراً لتعلق حق غير المتعلق بها .

وبعضهم لم يشترط هذا ، فأجاز أخذها وإن تعلق بها حق لشخص آخر[١].

المطلب الثاني
إستحقاق العين المؤجرة إذا تركها المستأجر

****

يرى بعض علماء الحنفية أن المستأجر لو غاب بعد السنة ولم يسلم المفتاح إلى المؤجر فله أن يفتح الدار ويسكن فيها ويجعل المتاع الخاص بالمستأجر فى ناحية إلى حضور صاحبه ولا يتوقف الفتح على إذن القاضى[٢] .

وبمثل هذا القول قال الشافعية فى تحصيل منافع العين بغير إذن الحاكم إذا كان له حق منفعة فيها ، فذهبوا إلى أن المستأجر ، والموقوف عليه ، والموصى له بالمنفعة ، أخذ الأعيان التى تعلقت بها منافعهم من أجل استيفاء هذه المنافع . ولم يشترطوا لذلك إذن القاضى وهذا إن لم يخش ضرراً . وتعلقت كما تقدم المنافع بالأعيان .

وهل يجوز له كسر باب لتحصيل حقه ؟

---

(١) مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٦٢ ، تحفة المحتاج جـ١٠ ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ٧ ص ١٩٢ .

أجاب الشافعية بالإيجاب فقالوا : وله كسر باب ونقب جدار لايصل الناقب إلى المال إلا به وهذا لأن من استحق شيئاً استحق الوصول إليه .

وقال بن نجيم من الحنفية : لم أر حكمه وينبغي أن له ذلك ، حيث لا يمكنه الأخذ بالحاكم . فأشترطوا لكسر الباب ، إنعدام الوسائل الأخرى غير تلك الوسيلة ، وأن لا يمكن أخذه عن طريق الحاكم – القاضى – وليس عليه ضمان ما فوته بالنقب أو الكسر وقاسوا ذلك على من لم يقدر على دفع الصائل إلا باتلاف ماله فأتلفه فانه لا يضمن[١] .

---

[١] مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٦٢، حاشية الباجورى جـ٢ ص ٤٠٠، البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٣ .

المبحث الرابع

ما اختلف الفقهاء في جـواز الظفر فيه من الحقوق

****

إذا كان للدائن حق ترتب فى ذمة المدين ، فهل للدائن أن يستوفى حقـه المترتب فى ذمة مدينه إذا ظفر به بغير دعوى وإذن حاكم أم لابد من ذلك ؟

ولما كان استيفاء الحق من المدين إنما يكون بأخذ مقداره من ماله ، من جنس الدين أو من غير جنسه ، بنفس صفته أو بغيرها فالفقهاء إختلفوا فى هـذه المسألة فمنهم من أجاز تحصيل الحقوق بغير دعوى ولا حكم إذا ظفر بها من له الحقوق ممن هى عليه فى حالات كثيرة وبشـروط كثـيرة اختلفـت بـاختلاف أصحاب هذا المذهب لكنها فى النهاية وإن كانت كثيرة إلا أنها غير مشددة .

ومنهم من منع إستيفاء الحق إذا ظفر الدائن به إلا بإذن الحاكم فى كـل مرة يريد صاحب الحق أن يستوفى حقه بغير اذن المدين ، الا فى بعض الحالات التى أوردوها على سبيل الاستثناء على هذا الخطر ، وهى محددة وقليلة .

ونبدأ وبالله التوفيق ولا حول ولا قوة الا به . الكلام فى هذا المبحث فنقول :-

قبل ذكر مذاهب الفقهاء فى هذه المسألة ، وهى مسألة الظفـر بالنسـبة لاستيفاء الحقوق المترتبة فى الذمة ، نذكر أن هناك بعض المسائل المتفق عليها عند الفقهاء وهو :.

المطلب الأول

المسائل المتفق عليها عند الفقهـــــاء

****

إتفق أهل العلم على أن الغريم إذا كان مقراً بما عليه باذلاً له لصـــاحب الحق فليس له أن يأخذ من مال الغريم إلا ما يعطيه ، فان أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده إليه وإن كان قدر حقه ومن جنس حقه ، لأنه لا يجوز للدائـــن أن يملك عيناً من أعيان مال المدين بغير اختياره لغير ضرورة .

فان كان المدين مانعاً للدين لأمر يبيح المنع كالتأجيل والاعسار لم يجـــز أخذ شيء من ماله بغير خلاف ، فإذا أخذ الدائن شيئاً من مال المدين لزمـــه رده إن كان باقياً أو عوضه ان كان تالفاً .

المطلب الثانى

مافيه خلاف عند الفقهـــــاء

****

وإن كان المدين مانعاً للدين بغير حق وقدر الدائن استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الأخذ أيضاً بغيره، لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله، وهذا عند بعض العلماء، وعند البعض يجوز ذلك وإن لم يقدر على استيفائه حقه بالحاكم أو الســـلطان لكـــون المديـــن جاحداً له، ولا بينة له به، أو لكونه يجيبه إلى المحاكمة، ولا يمكنه اجباره علـــى ذلك ، أو نحو هذا[1]. فقد اختلف الفقهاء فيها إلى مذهبين:

---

[1] العزيز جـ١٣ ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، إعلاء السنن جـــ١٥ ص ٥١٤ ، ٥١٥ ، المغنـــى لابن قدامه جـ١٢ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، الفروق جـ٤ ص ٧٦ ، ٧٧ .

المذهب الأول :

ذهب الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والأمامية ، والأباضية ، إلى أنه يجوز للدائن استيفاء الدين بغير اذن الحاكم ، وبغير دعوى ، لكن لكل مذهب شروطه الخاصة به ، وقد يكون بعض هذه الشروط محل اتفاق عند الجميع . هذا كله سنذكره هنا فنقول وبالله الحول والقوة .

ذهب الشافعية والإمامية وبعض الحنفية ، وهو مشهور مذهب مالك ، وقيل به عند الأباضية وهو قول الخطابى وجماعة من المحدثين من الحنابلة[1]، إلى أن من كان له دين على آخر ولم يوفه إياه برضاه فله أن يأخذ مقدار دينه من مال المدين إذا ظفر به سواء أكان هذا المال من جنس حقه أم من غير جنس حقه إذا توفرت الشروط التى قدمنا بها هذا القسم .

ويأخذ من جنس حقه إذا قدر عليه لا يتجاوزه إلى غيره ، فإن لم يقدر على الأخذ من جنس حقه أخذ من غير جنس حقه على ما أورده عامة الأصحاب- رحمهم الله – فى المذهب الشافعى .

وأجاز الشافعية والأباضية للدائن أن يأخذ دينه من جنسه سراً إذا ظفر به وإن قدر على أخذه بالمحاكمة ، لأن احواجه إلى المحاكمة عدوان من الغريم والأخذ من مال الغريم سراً مع القدرة عليه بالحاكم إذا كان من جنس الدين محل الإتفاق عند الشافعية . وهل يأخذ من غير جنسه سراً مع القدرة عليه بالحاكم إذا لم يجد إلا غير الجنس وجهان :

---

(١) الحاوى الكبير جـ١٧ ص ٤١٣ ، الوجيز فى فقه الإمام الشافعى جـ٢ ص ٢٦٠ ، المهذب جـ٤ ص ٤٦٢ ، شرائع الإسلام جـ٢ ص ٨٩٢ ، رد المحتار على الدر المختار جـ٣ ص ٣٠٥ ، الذخيرة للقرافى جـ٩ ص ١٦٠ الأحكام فى تمييز الفتوى عن الاحكام ص ٢٧ ، إعلاء السنن جـ١٥ ص ٥١٤، منح الجليل جـ٤ ص ٣٢١ ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش جـ٩ ص ٢١٣ .

احدهما : يجوز وعلة ذلك أن المحاكمة فيها عدوان من الغريم ، وهو الأصح فى المذهب .

والوجه الثانى : ليس له أخذه إلا بالمحاكمة لقدرته عليه بما يزول عنه الهم[١] .

ومن رأى من متأخرى الأحناف جواز أن يأخذ الدائن حقه من جنس دينه ومن غيره لم يفرق بين المدين المنكر والمقر فكلاهما يجوز الأخذ منه وسواء أكان للدائن بينة أم لم يكن بل إنهم جوزوا له الأخذ ولو كان طريقه كسر باب أو نقب الجدار بشرط ألا تكون هناك وسيلة غير ذلك وأن لا يمكن تحصيل الحق بواسطة القضاء[٢] .

وذهب جمهور الحنفيه وهو قول عند المالكية والأباضية[٣] إلى أن يأخذ دينه إذا لم يصل إليه من غريمه ، من جنس حقه وكذلك لو كان دينه دراهم فوجد دنانير أو دنانير فوجد دراهم[٤]، لأنها من جنس الأثمان وإن تنوعت.

وإن كان المال عرضاً لم يجز أن يأخذ لأن أخذ العرض عن حقه إعتياض ولا تجوز المعاوضة إلا برضا المتعاوضين قال الله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراضى منكم »[٥] .

---

(١) الحاوى الكبير جـ١٧ ص ٤١٢ ، ٤١٣ ، شرح النيل وشفاء العليل جـ٩ ص ٢١٣.

(٢) البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٢ ، قرة عيون الأخيار جـ١ ص ٣٨٠ .

(٣) البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٢ ، منح الجليل جـ٤ ص ٣٢١ ، شرح النيل وشفاء العليل جـ٩ ص ٢٠٧.

(٤) هذا القول بناء عن رواية عن أبى بكر الرازى من الحنفية أنه رأى جواز أخذ الدراهم بالدنانير استحساناً أنظر قرة عيون الأخيار جـ١ ص ٣٨٠ ، أنظر البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٢ .

(٥) النساء آية ٢٩ .

وليس له أن يأخذ الصحيح مقابل المنكسر ولابد أن يأخذ مثل ماله من حيث الصفة أيضاً(١)، وعند الشافعية : لو كان حقه دراهم صحاحاً ، وظفر بالمكسر فله أن يأخذها ويتملكها بحقه . وإن إستحق المكسرة وظفر بالصحاح حكى الإمام فيه طريقين :-

الأول : جواز الأخذ لاتحاد الجنس ، والثانى : أنه على الخلاف المذكور فيما إذا ظفر بغير الجنس لاختلاف الغرض باختلاف الصفات ، كاختلافه باختلاف الأجزاء(٢).

ويلاحظ أن الحنفية أجازوا كما تقدم - لصاحب العين أو المنفعة أن يأخذها ممن هى تحت يده بغير إذن الحاكم ، ولا يعتبر هذا خروجاً عن قاعدتهم السابقة ، لأن الشخص فى هذه الحالة إنما يأخذ عين حقه ، فمن غصبت عينه مثلاً جاز له أخذها ، فإن فعل لم يكن متعدياً . ولكن ليس له بناء على أصلهم المتقدم أن يأخذ عيناً أخرى بدل عينه المغصوبة وإن هلكت ، إذ بهلاكها تصبح ديناً فى ذمة الغاصب ، فتسرى عليه القاعدة السابقة فى عدم جواز إستيفاء الدين بغير القضاء إلا من جنس الحق وصفته .

وذهب الحنابلة فى المشهور فى مذهبهم ، إلى أنه لا يأخذ مقدار حقه من مال غريمه من الجنس ، أو غيره ، وهذه رواية عن مالك رحمه الله تعالى .

وعدم الأخذ بغير قضاء هو الأصل العام عند الحنابلة فى المشهور عنهم، سواء أكان المدين باذلاً للحق ، أم ممتنعاً ، وسواء أكان لصاحب الحق بينة ، أم لم يكن ، وسواء أكان قادراً على تحصيل حقه بواسطة القضاء ، أم لم يكن ، وسواء أكان المال المراد أخذه من جنس الحق أم كان من غير جنسه

(١) البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٢ ، قرة عيون الأخيار .
(٢) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير جـ١٣ ص ١٥١ ، ١٥٢ .
(٣) المغنى لابن قدامه جـ١٢ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

الأدلـــــة

*****

استدل كل مذهب على ما ذهب إليه بأدلة ونبدأ بذكر أدلة المذهب الأول الذى أجاز استيفاء الدين بغير قضاء وهم الشافعية والحنفية ومشـــهور مذهـب المالكية والخطابى من الحنابلة ، وما قيل به عند الأباضية :-

١- بما روى عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أنه أجاز لهند بنـت عتبـة زوجة أبى سفيان أن تأخذ نفقتها ونفقة بنيها بالمعروف من مال زوجها بغير إذنه وبغير قضاء الحاكم مع إمكان الرفع إليه .

ونص الحديث الذى روى عن عائشة رضى الله عنها - أن هنداً قالت : يارسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه سراً وهو لا يعلم - فهل على فى ذلك شىء ، فقال النبى صلى اللـه عليه وسلم : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1]. قال الشافعى : « فمثلهـا الرجل يكون له الحق على الرجل فيمنعه إياه فله أن يأخذ من ماله حيث وجـده بوزنه أو بكيله فإن لم يكن له كانت قيمته دنانيراً أو دراهم فإن لم يجد له مـالاً باع عرضه واستوفى من ثمنه حقه »[2] .

وقال الخطابى[3] : يؤخذ من حديث هند جواز أخذ الجنس وغير الجنس لأن منزل الشحيح لا يجمع كل ما يحتاج إليه من النفقة والكسوة وسائر المرافق

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ٨ ص ٣٢٥ .
(٢) الحاوى الكبير جـ١٧ ص ٤١٢ .
(٣) علاء السنن جـ١٥ ص ٥١٦ ، شرح النيل وشفاء العليل جـ٩ ص ٢٠٩ ،
وقد جاء فى كتاب النيل " أن القرطبى قال فيه اعتبار العرف فى الشرعيات خـلاف لمن أنكر ذلك لفظاً وعمل به معنى كالشافعية ؛ قلت (القرطبى) يعنى أنهم يمنعـون أن يقال يجوز العمل بالعرف بل يقال بالشرع وانما العرف الجائز من الشرعيات ، قـال : وهم انما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعى أو لم يرشد إلى العـرف . (انتهى من ص ٢٠٩ جـ٩ - النيل)

اللازمة وقد أطلق لها الأذن فى أخذ الكفاية من ماله ، قال : والذى يظهر من سياق القصة أن منزله كان فيه كل ما يحتاج إليه إلا أنه لا يمكنها إلا من القدر الذى أشار إليه فاستأذنت أن تأخذ زيادة على ذلك بغير علمه .

فهذا الخبر لا يقتصر فى دلالته على جواز الأخذ من جنس حق الدائن ، لأنه لم يخصص رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند جواز الأخذ بما هو من الجنس فقط ، ونفقة الزوجة والولد من الحقوق المختلفة التى قد يتعذر وجود جنسها فى مال الزوج ، فدل على جواز أخذها من جنسه ومن غير جنسه[1] .

ويؤيد أخذ الحق من غير الجنس كأخذه من الجنس ، القياس قال الماوردى[2] رحمه الله : ولأن من جاز له أخذ دينه من جنسه جاز له أخذه مع تعذر الجنس أن يأخذ من غير جنسه قياساً على أخذ الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم .

٢- إستدل الماوردى بحديث ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو " إن لصاحب الحق يداً ومقالاً .

وهذا اللفظ الذى أورده الماوردى قد وردت فيه روايتان[3] .

<u>الأولى</u> : عن أبى عتبة الخولانى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أن لصاحب الحق اليد واللسان " .

<u>والثانية</u> : رواها الدارقطنى مرسلاً عن مكحول قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لصاحب الحق اليد واللسان .

---

(١) أحكام الأحكام لابن دقيق العيد جـ٤ ص ١٦٤
(٢) الحاوى الكبير جـ١٧ ص ٤١٤ .
(٣) نصب الراية جـ٤ ص ١٦٦ .

وهاتان الروايتان يتضمنان نفس المعنى الذى استدل عليه الماوردى بالرواية التى ذكرها[١].

قال الماوردى فكانت اليد على العموم فى معناها التسلط والسلطان وقد ورد لفظ « السلطان» صريحاً فى رواية أخرى عن ابن عباس رضى الله عنهما والتى قال فيها : « جاء رجل يطلب نبى الله صلى الله عليه وسلم بدين أو بحق، فتكلم ببعض الكلام فهمّ صحابة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم به، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ان صاحب الدين له سلطان على صاحبه حتى يقضيه»[٢].

وهذا الحديث صريح فى أن الشارع قد جعل لصاحب الحق سلطاناً على المدين ويدخل فى مفهوم السلطان تمكين صاحب الحق من أخذ حقه من مال غريمه سواء أكان هذا المال من جنس الحق أم من غيره لعدم ورود المخصص أو المقيد، والحديث وإن ورد فى مناسبة معينة فيه تشريع عام يقضى بذلك؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب[٣].

٣- وأستدل الشيرازى بقول الرسول صلى الله عليه وسلم:«لا ضرر ولا ضرار» [٤]، فإن إمتناع من عليه الحق عن أدائه باختياره اضرار لصاحبه وبخاصة إذا لم يتمكن من أخذه بواسطة القضاء لسبب من الأسباب وحتى لو تمكن فإنه يتكلف من المؤّنة والمشقة وتضييع الوقت شيئاً كثيراً وبخاصة إذا تعذر غريمه أو توارى[٥].

---

(١) وقد وردت رواية أخرى عن البخارى فى صحيحه بحاشية السندى جـ٢ ص ٥٨ عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : أتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل يتقاضاه ، فأغلظ له فهم به أصحابه فقال " دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً " .

(٢) سنن ابن ماجه ص ١٦٧ طبع حجر .

(٣) الحاوى الكبير جـ١٧ ص ٤١٣ وما بعدها .

(٤) سنن ابن ماجه جـ٢ ص ٧٨٤ .

(٥) المهذب جـ٢ ص ٣١٩ .

٤- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى : فمن أعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما أعتدى عليكم » [١].

فمن كان عليه حق لغيره فأنكره وامتنع عن الوفـاء فقـد أعتـدى، وإذا اعتدى جاز للمعتدى عليه أن يرده ، ورده يكون بجواز أخذ الحق من ماله بغير إذنه وبغير حكم لاذن الشارع له بهذا الفعل .

٥- قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أنصر أخاك ظالماً أو مظلومـاً»[٢] وأن أخذ الحق من الظالم نصر له[٣] .

وأحتج أبو حنيفة[٤] – على أخذ دينه من جنسه إذا لم يصـل إليـه مـن غريمه وإن لم يقدر عليه إلا من غير جنسه فى الأمتعة والعروض لم يكـن لـه أخذه – بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أدّ الأمانـة لمـن ائتمنك ولا تخن من خانك»، وبقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » ، ولأنه مال لا يجوز لأحد أن يتملكه فلـم يجـز أن يأخذه قياساً على ما فى يد الغريم من رهون وودائع .

ولأنه إذا أخذه من غير جنس حقه لم يحل أن يأخذه لأنه إما أن يملكه أو يبيعه ، فلم يجز أن يتملكه لأنه من غير جنس حقه ، ولم يجز أن يبيعه لأنـه لا ولاية له على بيعه فبطل أن يكون له حق فى أخذه .

فأبو حنيفة رحمه الله تعالى يرى أن المال إن كان عرضاً لم يجز أخـذه فى حقه لأن أخذ العرض عن حقه إعتياض ، ولا تجوز المعاوضة إلا برضا من

---

(١) آية ١٩٤ من سورة البقرة .
(٢) صحيح مسلم بشرح النووى جـ١٦ ص ١٣٧ .
(٣) أحكام القرآن للإمام القرطبى ص ٧٣٠ طبعة الشعب .
(٤) أنظر : إعلاء السنن جـ١٥ ص ٥١٤ ، ٥١٥ ، الحاوى الكبير جـ١٧ ص ٤١٣ .

المتعاوضين قال الله تعالى : " إلا أن تكون تجارة عن تراضى منكم "(١). وقـال بمثل هذا القول من رأى من الأباضية عدم جواز الأخذ من الخلاف وذلك كما لا يجوز له قضاء الخلاف مع قدرته على قضاء الوفاق(٢).

وأجيب عن دليل أبى حنيفة بما يأتى :-

إن الدائن إذا أخذ شيئاً قدر حقه من الغريم الجاحد للحق غير الباذل له لا يعتبر خائناً بل هذا من باب المعاقبة بالمثل ، ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تخن من خانك » أى لا تخن من خانك إذا قبلت له أمانة . وعليه فلا يجوز الأخذ إن قبل الأمانة بعد الخيانة فلا يجوز له - كما قيل(٣) - أن ينقص من هـذه الأمانة شيئاً عوضاً عن خيانة ، لأنه بالائتمان التزم أداء هذه الأمانة بعينها إليه .

ولا يلزم منه ان لا يجوز له أخذ حقه من غير هذه الأمانة .

وأما عن القول : إنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضـة بغـير تراضى فهذا صحيح إن كان الأخذ على رجاء منه ، أما إن تيقن بظلمه جاز لـه أن يعاقبه بمثله لسقوط حق تعينه بالظلم وهذا ما بينه حديث عائشة رحمها اللـه تعالى - قال الحافظ فى الفتح - استدل به أى بحديث عائشة على أن من له عند غيره حق وهو عاجز عن استيفائه جاز له أن يأخذ من ماله قدر حقه بغير إذنه .

المذهـب الثانـى :

<u>مذهب الإمام أحمـد</u> : اختلف المحدثون فى مذهب الإمام أحمد عن السـابقين منهم فيرى السابقون من علماء المذهب أن الدائن لا يجوز له أخذ شىء من مال الغريم بغير إذنه فإن أخذه بغير إذنه رده إليه وإن كان قدر حقه لأنه لا يجوز أن

---

(١) آية ٢٩ من سورة النساء .
(٢) شرح النيل وشفاء العليل جـ٩ ص ٢١٢ .
(٣) إعلاء السنن جـ١٥ ص ٥١٥ .

يملك عليه عيناً من أعيان ماله بغير إختياره بغير ضرورة وإن كانت من جنس حقه ، لأنه قد يكون للإنسان غرض فى العين فإن أتلفها أو تلفت فصارت ديناً فى ذمته وكان الثابت فى ذمته من جنس حقه تقاصا فى قياس المذهب وقد استدل الحنابلة على المشهور من المذهب بالأدلة الآتية [١] :-

أولاً : قوله صلى الله عليه وسلم:« أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[٢] قالوا : إذا أخذ المستحق شيئاً من مال غريمه بغير إذن منه فهو خيانة له والخيانة منهى عنها بقوله صلى الله عليه وسلم: «ولا تخن من خانك» .

ثانياً : قال صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » . فهذا الحديث يمنع الإنسان أن يأخذ مال غيره إلا برضاه .

ثالثاً : أن صاحب الحق إن ظفر بغير جنس حقه من مال المدين فليس له أخذه لأنه اعتياض ويشترط لصحتها بإتفاق الفقهاء رضاء المتعاوضين لقوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » [٣] .

وإن ظفر بغير جنس حقه فليس له تعيين ما يقضى به الدين بغير رضى صاحبه لأن التعيين يعود إليه فإنه لايجوز لصاحب الدين أن يقول للمدين : اقضنى حقى من هذا المال دون هذا[٤] .

---

(١) المغنى لابن قدامه : جـ١٢ ص ٢٢٩ ، إعلاء السنن ١٥ ، ٥١٤ .

(٢) معالم السنن جـ ٣ ص ١٦٨ .

(٣) آية ٢٩ من سورة النساء .

(٤) المغنى لابن قدامه جـ١٢ ص ٢٣٠ .

هذا ما ذكره الحنابلة فى مشهور مذهبهم ، وقد سبق الإجابة على هـــذه الأدلة عند ذكرها فى أدلة الحنفية وعليه فلا يكون له حجة ، ولأجل هــذا فــإن المحدثين من فقهاء الحنابلة جعلوا لجواز الأخذ وجهاً فى المذهب أخذاً من حديث هند حين قال لها النبى صلى الله عليه وســلم: « خــذى مــا يكفيــك وولــدك بالمعروف » .

وقال أبو الخطاب ويتخرج لنا جواز الأخذ فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره وإن كان من غير جنسه تحرى واجتهد فى تقويمه مأخوذ من حديــث هند ومن قول أحمد فى المرتهن يركب ويحلب بقدر ما ينفق ، والمــرأة تــأخذ مؤنتها ، وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا[1] .

هذا الذى قدمناه من أدلة لكل مذهب من مذاهب الفقهاء فى هذه المســألة وهنا نذكر الراجح لنا منها .

---

[1] المرجع السابق ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

المطلب الثالث

*****

الراجح من مذاهب الفقهـــاء :

والذى نراه راجحاً من هذه المذاهب هو مذهب الشافعية ومن معهم ، ذلك أنهم أجازوا للدائن استيفاء دينه بغير اذن الحاكم إذا ظفر به سواء أكـان المـال المأخوذ منه مقدار دينه من جنس حق الدائن – أو من غير جنسه وسـاء أكـان المدين مقراً أو منكراً ، للدائن بينة أو لم يكن له بينة وذلك للأسباب الآتيــة :

أولاً : أن نصوص الشريعة ومبادئها أباحت المعاقبة بالمثل :

روى عبد بن حميد فى تفسيره من طريق خالد الحذاء عن ابن سيرين : إن أخذ أحد منك شيئاً فخذ مثله . وعلقه البخارى[١] بلفظ : قال ابن سيرين يقاصه وقرأ : « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » [٢].

ونقل تعليقاً على هذا الحديث : فيه دلالة على أن الأخذ بما ظفر به مـن جنس حقه عند غيره ليس من الخيانة ، بل هو من باب المعاقبة بالمثل .

وإذا صح جواز الأخذ من الجنس فنرى أن الأخذ من غير الجنس كذلك، لأن التقيد بالجنس لا دليل عليه بل إن إطلاق النصوص يرجح الأخذ من الجنس وغيره وهو ما أخذ به الإمام الشافعى وبه قال كثير من العلماء مـن المذاهـب المختلفة يقول الحموى[٣] فى شرح الكنز عن العلامة المقدسى عن جده الأشـقر عن شرح القدورى للأخصب : أن عدم جواز الأخذ من غير الجنس كـان فـى

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ٦ ص ٧٧ ، ٧٨ .

(٢) سورة النحل من آية ١٢٦ .

(٣) رد المحتار على الدر المختار جـ٣ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

زمانهم لمطاوعتهم فى الحقوق والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أى مال كان لا سيما فى ديارنا لمداومتهم العقوق قال الشاعر :

عفاء على هذا الزمان فإنه

زمان عقوق لا زمان حقوق

وكل رفيق فيه غير مرافق

وكل صديق فيه غير صديق

ثانياً : أن الذى يستفاد من حديث هند هو جواز الأخذ من خلاف جنسه لأن النبى صلى الله عليه وسلم أذن لها أن تفرض لنفسها وعيالها قدر الواجب ، وقد أطلق لها الأذن فى أخذ الكفاية من ماله ، ويدل على صحة قولنا ما جاء فى رواية أخرى تقول فيها : « وأنه لا يدخل على بيتى ما يكفينى وولدى » ، وعليه فإن قصر الحديث على الأخذ من الجنس ، تخصيص ما شرعه صلى الله عليه وسلم لأمته ولم يقم ههنا دليل على تخصيص هذا الحكم بمال دون مال ، وليس فى الأخذ من مال الغريم الممتنع عن بذل الحق لصاحبه الذى ظفر به مخالفة للقواعد الشرعية ، لأن مطل الغنى ظلم والظالم يمنع عن ظلمه وهنا يكون بأخذ الحق منه .

ثالثاً : أذن النبى صلى الله عليه وسلم للضيف أن يأخذ حقه ان نزل بقوم ولم يأمروا له بما ينبغى للضيف – ورد ذلك فى حديث عقبة ابن عامر قال : « قلت يارسول الله انك تبعثنى فننزل بقوم لا يُقرونا فما ترى ؟ فقال : ان نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغى للضيف فاقبلوا ، وان لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذى ينبغى لهم » [1]. فقوله صلى الله عليه وسلم : « فان لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف يدل على مسألة الظفر» يدل

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ٨ ص ١٧٥ .

على ذلك ما جاء فى رواية الإمام أحمد رحمه الله تعالى ونصها: « من نزل بقوم فعليهم أن يقروه فان لم يقروه فله أن يُعْقبهم بمثل قراه » ، ومن العجب أن الإمام أحمد رحمه الله يمنع أخذ الحق إذا ظفر به الدائن من الغريم الممتنع عن البذل إلا بإذنه أو بالقضاء ولكنه يرى أن للضيف أن يأخذ من المقيم حقه بغير إذنه ، يقول فى تفسير الحديث بالرواية الأخيرة - كما رواه الشوكانى - : أى للضيف أن يأخذ من أرضهم وزرعهم بقدر ما يكفيه بغير إذنهم " ووجه العجب كلاهما أى الممتنع عن بذل الحق لصاحبه والممتنع عن الضيافة سواء ، وعليه فينبغى التسوية بينهما فى الحكم وهو جواز الأخذ للضيف بقدر قراه من مال المقيم ، ولصاحب الحق من مال الغريم ، لأن كلاهما أى المقيم والغريم أباح الشارع معاقبتهما ، لأن المقيم الممتنع عن الضيافة لئيم، والغريم الممتنع عن الوفاء مع القدرة عليه مماطل .

لهذا كله إضافة إلى ما تقدم من أدلة ذكرها الشافعية تأييداً لمذهبهم أرى أنه هو المذهب الصحيح ، ولأنه كذلك أفتى به المتأخرون من الحنابلة وهو ما نص عليه بعض علماء الأحناف فقال فإذا ظفر بمال مديونه له الأخذ ديانة بل له الأخذ من خلاف الجنس[1] . والوديعة يجوز الأخذ منها كسائر الأموال ويجرى عليها الخلاف الذى تقدم عند الفقهاء والاستيفاء منها هو الراجح لما تقدم والله أعلى أعلم واعز وأكرم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

---

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ٣ ص ٢٠٠ .

المطلب الرابع

الظفر بمال مديون مديونه

****

إذا كان لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله فهل يجوز لزيد أن يأخذ مال بكر بماله على عمرو ؟

وللإجابة على السؤال نقول :-

الأمر يختلف فى حالة رد عمرو اقرار بكر له وعدم رده الاقرار وكذلك عند جحود بكر استحقاق زيد على عمرو وعدم جحوده .

ففى حالة ما إذا كان عمرو غير راد اقرار بكر وكذلك بكر غير جاحد استحقاق زيد على عمرو ، فيجوز الأخذ من مال غريم الغريم هذا باتفاق السادة الشافعية[١] . وأما إذا رد عمرو اقرار بكر له أو جحد بكر استحقاق زيد على عمر ففيه وجهان عند الشافعية :

وقال بعض الشافعية : لا يجوز ، والبعض الآخر قال : يجوز .

وعند الحنفية يقول بن نجيم : لم أر حكم ما إذا ظفر بمال مديون مديونه والجنس واحد فيهما وينبغى أن يجوز[٢] . وعند الأباضية اختلف فى أخذه[٣] .

هذا ولم أر حكم هذه المسألة عند المالكية والحنابلة فى ما اطلعت عليه من مراجع للمذهبين .

---

(١) العزيز شرح الوجيز جـ١٣ ص ١٥٢ .

(٢) البحر الرائق بشرح كنز الدقائق لابن نجيم جـ٧ ص ١٩٣ .

(٣) شرح النيل وشفاء العليل جـ٩ ص ٢٢١ .

المبحث الخامس

القيود والأحكام المتعــلقة بالظفربمال المديون

****

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول : فى القيود .

المطلب الثانى : فى الأحكام المختلفة .

المطلب الأول

القـــيـــــود

*****

المقصود بالقيود :●

الشروط التى وضعها الفقهاء فى المذاهب الإسلامية للظفر بمال المديون. وذلك أنهم لم يطلقوا للدائن اليد تأخذ من أموال المدين ما شاءت فــى أى وقــت وبالكيفية التى قد لا تكون مناسبة للمدين .

وعلى ذلك فإننى سأذكر فى هذا الفصل الشروط التى ذكروهـــا للظفــر بالحق سواء الشروط المتفق عليها أم الشروط المختلــف فيهــا فــى المذاهــب المختلفة.

أولاً : المذهب الحنفـــى :

القيد الواضح عند الأحناف هو أن لا يأخذ رب الدين إذا ظفــر إلا مــن جنس حقه من مال المديون على صفته . وفى هذه الحالة لا يشترط رضـــاه أى المدين .

وإذا كان هذا هو الشرط الذى ذكره عامة فقهاء المذهب الحنفى فان بعض المتأخرين منهم قال : ان لصاحب الحق أن يأخذ جنس حقه من المدين مقراً كان أو منكراً وسواء أكان للدائن بينة أم لم يكن . كما يجوز له أن يتوصل إليه ليأخذه بنحو كسر الباب ونقب الجدار - بشرط أن تكون هناك وسيلة غير ذلك وأن لا يمكن تحصيل الحق بواسطة القضاء[1].

ثانياً : المذهب المالكى :-

اشترط المالكية للظفر بمال المدين عدة شروط :

الأول : أن يكون الذى عليه الحق ممتنعاً عن أدائه .

ثانياً : أن لا يقدر صاحب الحق على أخذه بالقضاء . بمعنى أن يكون الذى عليه الحق منكراً وهل يشترط عدم وجود بينة لصاحب الحق ؟ أجاب جمهورهم بلا يشترط . وأجاب البعض الآخر : بنعم يشترط[2].

ثالثاً : المذهب الشافعى :

للشافعية شروط متفق عليها وشروط مختلف عليها لأخذ الدائن من مال المدين حقه . ونذكر أولاً ماأتفقوا عليه من شروط ثم نذكر بعد ذلك الشروط التى اختلفوا عليها .

أولاً : <u>الشروط التى اتفقوا عليها</u> :

<u>الشرط الأول</u> : أن يكون الشخص الذى عليه الحق ممتنعاً عن أدائه .

---

(١) البحر الرائق بشرح كنز الدقائق لابن نجيم جـ٧ ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

(٢) منح الجليل جـ٤ ص٣٢١، تهذيب الفروق مطبوع بهامش الفروق للقرافى ج٤ ص١٢٣

الشرط الثانى : أن يكون الدين غير مؤجل الوفاء به بمعنى أن يكون حالاً فلو كان مؤجلاً لم يجز لصاحب الحق أخذ شىء من مال المدين .

والمتأمل فى مذهب الشافعية يلاحظ أن كتب المذهب بعضها أشار صراحة إلى شرط الحلول لجواز الأخذ من مال الغريم، والآخرون يشير كلامهم إلى هذا الشرط لأن كلامهم الذى جاء معناه حلول الدين هو أن يكون مستحقاً وهو لا يكون كذلك قبل حلول أجله ، لأنه حتى لو أراد رفع دعوى لا تقبل لعدم حلول أجل الدين.

الشرط الثالث : أن يكون الدين حقاً للعبد . وعلى هذا فدين الله تعالى كالامتناع عن أداء الزكاة التى أوجبها الله تعالى لا يجوز للمستحق أن يستوفيها من مال الواجبة عليه إذا ظفر به ذلك أن الزكاة تتوقف على نية المالك لا الذى أخذها ، المستحق لها .

وهل يجوز أخذها من المستحق لها إذا كانت معزولة عن مال الواجبة عليه الزكاة، عزل الزكاة عن المال الواجبة فيه يتوقف على النية وعلى ذلك فإذا عزل الزكاة عن المال فأخذها المستحق لها يكون الأخذ آثماً وان اعتد بالأخذ.

ثانياً : **الشروط المختلف عليها** :-

أولاً : **العجز عن استيفاء الحق بواسطة القضاء** :

هذا الشرط محل خلاف فى المذهب فالبعض من الشافعية يرى : أنه لا يجوز لصاحب الحق أن يستوفى حقه من مال المدين بغير قضاء إذا كان الاستيفاء بالقضاء ممكناً . فإذا كان غير ممكن الاستيفاء بالقضاء جاز تحصيله بالظفر ويكون الاستيفاء بواسطة القضاء إذا كان للدائن بينة أو لم تكن له بينة لكن لم يكن المدين منكراً .

ثانياً : أخذ مال الغريم مع اتلاف ماله[1] :

اختلفوا فى جواز أخذ مال الغريم إذا كان ذلك يستلزم اتلاف ماله نحو كسر باب ونقب جدار وقطع ثوب، فبعضهم ذهب إلى أنه لا يجوز أخذ المال إذا ظفر به فى هذه الحالة وذلك إذا كان تحصيله عن طريق القضاء ممكناً .

فاذ كان التحصيل بالقضاء غير ممكن فاشترطوا للأخذ بكسر الباب ونحوه الشروط الآتية :-

أ – أن لا يتلف شيئاً يتعلق به حق لغير المدين كأن تكون الدار التى يريد الأخذ منه بكسر بابها مؤجرة أو مرهونة لتعلق حق المستأجر والمرتهن بالعين ومثل ذلك كل ما يتعلق به حق الغير .

ب – أن لا يكون النقب أو الكسر فى ملك صبى أو مجنون ، لأنه انما جاز له ذلك لتعدى المدين فى منعه من حقه ، فيهدر ماله لذلك ، ولكن التعدى لا يصدر عن الصبى أو المجنون .

جـ – أن لا يكون النقب أو الكسر فى جدار غريم الغريم .

د – أن لا يوكل فى الكسر أو النقب غيره كما قال القاضى ، فان فعل الكسر والنقب بغيره ضمن .

هـ – أن لا يجد سبيلاً إلى الأخذ إلا بالنقب أو الكسر ، وذلك كما إذا أنكر المدين وليس للدائن بينة – فاذا كان للدائن بينة أو لا توجد لكن المدين لم ينكر الحق فليس له الأخذ بالنقب والكسر ، لأن الأخذ بالحاكم عند المكنة أسهل وأخف كلفة من نقب الجدار وكسر الباب وهذا قياس على دفع الصائل، إذ تقرر أن الصائل يدفع بالأسهل فالأسهل .

---

[1] العزيز شرح الوجيز جـ١٣ ص ١٤٨ .

ذهب إلى هذا القول بعض علماء الشافعية وهناك قول آخر فى المذهب يرى أنه يجوز للدائن أن يصل إلى مال الغريم ليأخذ منه حق بنحو كسر باب أو نقب جدار ، حتى وان كان قادراً على تحصيل حقه بواسطة القضاء، واستدل صاحب هذا القول بأن من استحق شيئاً استحق الوصول إليه فهو كمن أتلف صائلاً تعذر دفعه بغير اتلافه فلا يكون ضامناً[1] .

المذهب الحنبلى :

الذى ظهر لنا فى مشهور مذهب الحنابلة أن أصحاب الحقوق يمنعون من تحصيل حقوقهم بأنفسهم بغير قضاء، وهذه قاعدة فى المذهب لا يصح أن يخالفها أحد إلا فى بعض الأمور التى اعتبروها استثناء من هذه القاعدة- ومن هذه الأمور نفقة الزوجة على زوجها، أو القريب على قريبه إذا كانت نفقة واجبة . فكل نفقة يجوز لمستحقها تحصيلها من مال من وجبت عليه ، ولأن الحق فيها واجب فى كل لحظة فلو اشترط الرفع إلى القضاء لتحصيله لكان ذلك فى كل وقت وفى هذا حرج ومشقة والله سبحانه رفع الحرج قال تعالى «وما جعل عليكم فى الدين من حرج»[2].

والمسألة الثانية : الضيافة وقد سبق الكلام فيها .

والمسألة الثالثة : الطعام الذى يضطر إليه غير صاحبه .

فمن اضطر إلى طعام فى يد غيره فيلزم الذى فى يده الطعام أن يقدمه للمحتاج إليه ، فان أبى فللمضطر أخذه قهراً من اذن صاحبه وهذا لأن اعتبار

---

(١) أنظر تحفة المحتاج جـ١٠ ص ٢٨٩، ٢٩٠، مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٦٢، ٤٦٣، المحلى وحاشية قليوبى وحاشية عميره جـ٤ ص ٣٢٥، حاشية البأجورى جـ٢ ص٤٠٠ .

(٢) آية ٧٨ من سورة الحج .

الأذن فيه حرج للمحتاج وقد سبق أن قلنا أن الله تعالى رفع الحرج ، اضافة إلى أنه قد يفوت الحق على المحتاج[١].

والمسألة الرابعة : المركوب والمحلوب :

أى يجوز لمن كان قد ارتهن مركوباً أو محلوباً أن ينتفع بركوبه أو بحلبه نظير النفقة على المنتفع به وهذا مروى عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى قال صاحب المغنى[٢] : قالوا :« الرهن ينفق عليه إذا كان مركوباً أو محلوباً ويحلب بقدر النفقة وهى من غير الجنس » .

هذه الأحكام فى المشهور من المذهب ، أما على غير المشهور، أى على قول آخر، يجوز لصاحب الحق أن يأخذ من مال غريمه قدر حقه، من جنسه ، فان قدر على جنس حقه، أخذ منه وليس له أن يأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على الجنس ، فاذا لم يظفر بجنس حقه يأخذ ما يغلب على ظنه أنه يكفى لوفاء حقه. وفى هذه الحالة يلزم أن تتوافر بعض الشروط حتى يجوز الأخذ والشروط المطلوبة هى[٣] :

١ - أن يكون تحصيل الحق بواسطة القضاء متعذراً .

٢ - أن يكون الدين حالاً .

٣ - أن يكون المدين غير معسر .

المذهب الإمامى[٤] :

اشترط الامامية لأخذ الحق :-

(١) القواعد لابن رجب الحنبلى ص ٣١ ، ٣٢ .
(٢) المغنى لابن قدامه.
(٣) أنظر القواعد والفوائد الأصولية ص ٣٠٩ ، ٣١٠ ، كشاف القناع جـ٤ ص ٢١١ .
(٤) أنظر شرائع الاسلام جـ٢ ص ٨٩١ .

١ - أن لا يكون المدين مقراً بلذلاً للدين فان كان الغريم مقراً باذلاً له لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم لأن الغريم مخير فى جهات القضاء فـلا يغنى الحق فى شىء دون تعينه أو تعين الحاكم مع امتناعه .

٢ - أن يتعذر الوصول إلى الحاكم حتى ولو كان للدائن بينة . واختلفـوا فـى جواز الأخذ إذا كان المدين جاحد لكن للدائن بينة تثبـت عنـد الحـاكم ، والوصول إليه ممكن .

والمذهب أن الجواز أشبه وعليه دل عموم الأذن فى الاقتصاص قال الله تعالى :« فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم[1] » .

---

[1] البقرة آية ١٩٤ .

المطلب الثاني

الأحكام المتعلقة بالظفر بالحق

****

لم نجد مذهباً من المذاهب الفقهية أعطى هذا الموضوع إهتمام المذهب الشافعي فقد عني فقهاء هذا المذهب بهذا الموضوع وأولوه من العناية الفائقة التي جعلتهم يذكرون الحقوق التي يجوز أخذها من المدين إذا ظفر بها صاحبها إذا توافرت الشروط التي نصوا عليها سواء أكانت باجماعهم أم مختلفاً عليها بينهم وفصلوا ما ينبغي تفصيله .

ولا شك أن البحث الفقهي إذا لقي اجتهاداً وعناية في مباحثه فلابد أن تكون احاطته بالمسألة المطلوب بيان حكمها خاصة إذا كانت من الأمور التي اجتهد فيها العلماء وهذه المسألة التي تعتبر توسعة على أصحاب الحقوق في أخذ حقوقهم بغير قضاء قد تحصل فيها تجاوزات أو اعتداءات يترتب عليها الضمان على الآخذ بغير الطريق الشرعي المرسوم لهذا فان الفقهاء قد رتبوا على الاستيفاء بدون القضاء أحكاماً تتعلق بكيفيته وبالشيء المأخوذ والنتائج المترتبة عليه كل هذا سنذكره في هذا المطلب إن شاء الله تعالى وبالله التوفيق .

الأول : لا يجوز لصاحب الحق أن يأخذ من مال المدين لاستيفاء حقه بالظفر إلا إذا توفرت الشروط التي حددها الفقهاء كما ذكرنا من قبل ، كما أنه لا يجوز له أن يختار المال الذي يأخذه بل ان أخذ الحق من مال المدين يكون من جنسه أولاً فان تعذر فيأخذ من غير الجنس .

ولهذا فقد نص الشافعيه على أنه : إن وجد نقداً لغريمه تعين عليه الأخذ منه ، والا فان وجد مثل حقه أخذه ، وليس له أن يأخذ من غير جنس حقه إلا إذا تعذر عليه الأخذ من النقد أو الجنس[١] .

بمثل ذلك قال الحنفية فالذى له حق دنانير على غيره له أن يأخذ مقدار دينه من مال الغريم بشرط أن يكون من جنسه وبنفس صفته فلا يأخذ منه دراهم بقدر حقه إن كان دنانير[٢] ولا يأخذ عيناً ولا أن يستوفى منفعة من منافعه مقابل تلك الدنانير التى له . ولا يأخذ عيناً أخرى بدل عينه المغصوبة وان هلكت إذ بهلاكها تصبح قيمتها ديناً فى ذمة الغاصب[٣] .

ورتب الأحناف على أخذ الدائن من مال مدينه من غير جنس حقه وبغير أذنه وبغير قضاء الضمان إذا تلف فى يده ويكون كضمان الرهن[٤] .

الثانى :إذا جاز للدائن الأخذ من مال المدين لظفره به فانه يتبع فى ذلك أيسر السبل على المدين فلا يجوز له كسر باب أو نقب جدار إذا أمكنه الوصول إلى حقه بغير ذلك - فاذا تعدى وكسر له باباً أو نقب له جداراً فمقتضى كلام الشافعية الضمان إذا لم تتحقق تلك الشروط التى ذكرناها عنهم من قبل .

فاذا تعين الاتلاف سبيلاً للوصول إلى المال الذى يريد أخذ حقه منه ولم يكن المال المتلف قد تعلق به حق لازم لغير المدين ولم يكن مالاً لصبى أو مجنون فانه لا يضمن شيئاً مما تلف[٥] . وعند الأخذ لا يتجاوز قدر حقه فيقتصر عليه.

---

(١) حاشية الباجورى جـ٢ ص ٤٠٠ ، تحفة المحتاج جـ١٠ ص ٢٨٨ .
(٢) هذا : ويروى عن أبى بكر الرازى من الحنفية أنه رأى جواز أخذ الدراهم بالدنانير استحساناً ، أنظر البحر الرائق جـ٧ ص ١٩٢ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) المرجع السابق .
(٥) حاشية قليوبى وحاشية عميرة جـ٤ ص ٣٣٥ ، تحفة المحتاج جـ١٠ ص ٢٨٩،٢٦٠، وحاشية الباجورى

فإن كان لابد من أخذ مال زائد يزيد عن حقه ، بأن تعذر عليه أخذ بما يساوى حقه ، فله ذلك ، ويبيع قدر حقه من المأخوذ إن كان مما يتجزأ ، وإلا باعه جميعه ، وأخذ من ثمنه قدر حقه ، وأما الباقى من الثمن فيرده إلى صاحب المال المأخوذ بصورة هبة ونحوها . ولكن هل يكون الآخذ ضامناً للزيادة ؟

قالوا : إن كان معذوراً فى أخذ هذه الزيادة ، بأن تعين أخذها من أجل تحصيل حقه ، فانه لا يكون ضامناً للزيادة .

وعند الإمام الغزالى أنه يضمنها على قول .

والمعتمد من القولين القول الأول[١] .

وإذا أخذ ما يزيد عن حقه من المدين من غير عذر فانه يكون ضامناً لهذه الزيادة[٢] .

<u>الثالث : وقت تملك المال الذى ظفر به :</u>

إذا كان المال المأخوذ من جنس الحق الواجب ففيه قولان :-

الأول : وهو لجماعة من الشافعية أن الآخذ يتملكه بمجرد الأخذ بشرط أن يأخذه بنية الظفر لا بنية أخرى كارتهانه إلى أن يحصل على حقه . وقد أستدلوا بأن الشارع قد أذن له فى قبضه فكان كالقباض الحاكم له[٣] .

والثانى : الى أنه لا يتملكه بمجرد أخذه .

---

(١) الوجيز جـ٢ ص ٢٦٠ ، شرح المحلى على المنهاج وحاشية قليوبى وحاشية عميره جـ٤ ص ٣٣٥ .

(٢) تحفة المحتاج جـ١٠ ص ٢٩١ .

(٣) المنهاج وشرح المحلى وحاشية قليوبى وحاشية عميرة جـ٤ ص ٣٣٥ ، تحفة المحتاج جـ١٠ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠.

وان كان المأخوذ من غير جنس الواجب ، فقد ذهبوا الـــى أن آخـــذه لا يتملكه بالأخذ وانما يجب عليه أن يبيعه لغيره ، ثم يشترى بثمنــــه جنـــس حقـــه بشرط أن يكون بصفته أيضاً ، وعندئذ يتملكه بمجرد الشراء . ولا يجوز لـــه أن يبيعه لنفسه ولا لمحجوره لامتناع تولى الطرفين ، فانه لا يجوز فى غـــير الأب والجد كما لايجوز لتوجه التهمة عليه[1].

وذكر الامام الغزالى قولاً آخر مفاده أن الآخذ يتملك من العين المـــأخوذة بقـــدر حقه[2] .

الرابـــع : بيع المال المأخوذ فى حقــــه :

اختلف الشافعية فى المال المأخوذ واختلافهم من ناحية هل يجوز أن يبيع المال المأخوذ بنفسه أم لابد عند البيع من رفع الأمر إلى القاضى ليتولى البيع ثم يعطيه حقه ، فهناك قول يقول انه يجوز للآخذ أن يتولى البيع بنفسه مـــن أجـــل تحصيل جنس حقه واحتجوا أن فى الرفع إلى الحاكم مؤنة ومشقة وتضييع وقت وبخاصة إذا لم يكن له بينة .

وقول آخر يقول يجب الرفع إلى القاضى ليبيعه ، واحتجوا بـــأن الآخـــذ غير أهل للتصرف فى مال غيره بنفسه[3] .

ذكر العز بن عبد السلام نصاً فى المسألة فقال " إذا ظفر الانسان بجنس حقه بمال من ظلمه فانه يستقل بأخذه فان الشارع أقامه مقام القابض والمقبـــض لمسيس الحاجة ، ولو كان بغير جنس الحق جاز له أخذه وبيعه ثم استيفاء حقه

---

(1) تحفة المحتاج جـــ١٠ ص ٢٩٠، مغنى المحتـــاج جــــ٤ ص ٢٦٣، المهـــذب جـــ٢ ص٣١٩.

(2) الوجيز جـــ٢ ص ٢٦٠ .

(3) حاشية الباجورى جـــ٢ ص ٤٠٠ ، الوجيز جـــ٢ ص ٢٦٠ ، المهذب جـــ٢ ص ٣١٩.

من ثمنه ، فقد قام فى قبضه مقام قابض ومقبض ، وقام فى بيعه مقام وكيل وموكل ، وقام فى أخذ حقه مقام قابض ومقبض فهذه ثلاثة تصرفات اقامه الشارع فى كل مرة مقام اثنين[1].

الخامس : إذا أخذ صاحب الحق شيئاً من مال الغريم فهل يكون ضامناً له بعد الأخذ وقبل التملك ، بحيث إذا تلف ضمنه وسقط من ذمته بقدر ما تلف؟

يرى الشافعية أن الذى ينظر إليه وهذه الحال هو المال المأخوذ : فان كان من جنس الحق تلف على ضمان الآخذ عند من يقول بأنه يتملكه بمجرد الأخذ . وأما من يقول بذلك فيجرى فيه الخلاف الذى سنذكره بالنسبة للمأخوذ من غير جنس الحق .

وأما ان كان المأخوذ من غير جنس الحق وتلف قبل بيعه أو تملكه فان للشافعية فى تحديد الضامن لهذا التلف قولين :-

الأول : أن المأخوذ يكون مضموناً على الآخذ ، فان تلف فى يده قبل بيعه أو تملكه سقط من دينه الذى له على مالك المال الهالك بمقدار ما تلف وقد رجح النووى هذا القول [2] .

وينبنى على هذا القول أن الدائن لو أخذ مالاً من غير جنس حقه فلم يبادر إلى بيعه حتى نقصت قيمته فهو محسوب عليه .

وأستدل أحمد بهذا القول بأن الدائن أخذ مال مدينه بغير اذنه ، ولمصلحة نفسه فيكون ضامناً وقاسوه على المضطر الذى يأخذ ثوب غيره مثلاً لدفع الحر عن نفسه فيتلف فى يده فيضمن ، وكذا هنا[3].

---

(1) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام .
(2) المنهاج مع مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٦٣ .
(3) المهذب جـ٢ ص ٣١٩ ، المحلى وحاشية قليوبى وحاشية عميرة جـ٤ ص ٣٣٥ ، تحفة المحتاج جـ١٠ ص ٢٩٠ ، مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٦٣ .

الثانـي : أن الآخذ لا يكون ضامناً وانما يهلك على حساب صاحب الملـك[1] (ودليله على ذلك أن العين المأخوذة محبوسة لدى الآخذ من أجـل استيفاء حقه فاشبهت الرهن ، فيكون هلاكها من ضمان المـالك لا الآخذ[2].

واختلاف الشافعية كله إذا تلف المأخوذ قبل التمكن من البيع ، فان تمكن من البيع فلم يفعل ضمن قطعاً .

هذه الأحكام التى ذكرها الشافعية ويتعلق بها ما سبق أن ذكرنـاه فـى مسألة أخذ الحق إذا ظفر به من مال غريم الغريم .

ومسألة الظفر بالحق ذكرها بعض الفقهاء فى بـاب الحظـر والاباحـة وبعضهم فى باب الحجر وبعضهم فى باب الدعوى وبعضهم أشار إليهـا عنـد الكلام عن السرقة .

وقد بينت هذه المسألة فى هذا البحث الذى أرجو من الله تعالى أن يتقبله منى وأن يعفو عن خطأى ونسيانى إنه نعم المولى ونعم النصير وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

---

(١) المهذب جـ٢ ص ٣١٩ .

(٢) المرجع السابق – ولأن الرهن يهلك على حساب المالك لا علـى حسـاب المرتهـن ، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج جـ٤ ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

نتائــج البحــث

١ - الظفر بالحق : هو فوز الانسان بحق له على غيره .

٢ - لا يجوز استيفاء العقوبات من قصاص وحدود وتعزير إلا بالقضاء ، وذلك للمصلحة العامه وأمن الوطن .

٣ - لا يجوز استيفاء الحقوق المتعلقة بالنكاح وفرقه لخطورتها جميعاً إلا عـــن طريق القضاء.

٤ - كل ما يترتب على استيفائه من غير قضاء فتنة أو مفسدة لا يجوز .

٥ - يجوز لمن ظفر بحقه إذا كان عيناً تحت يد عادية أخذها مستقلاً بلا رفـــع للقضاة - إذا توافرت الشروط التى ذكرها الفقهاء .

٦ - ليس لصاحب الحق أن يأخذ من مال غريمه إذا كان مقراً بما عليه .

٧ - لا يجوز لصاحب الحق أن يأخذ من مال غريمه المانع للدين إذا قدر الدائن استخلاصه بالحاكم .

٨ - يجوز للدائن استيفاء الدين بغير اذن الحاكم وبغير دعوى إذا كان من جنس حقه أو من غير جنسه على رأى جماهير العلماء للادلة الصحيحة الثابتة .

٩ - يجوز الأخذ من مال غريم الغريم إذا لم يكن فى ذلك ضرر علـــى غريـــم الغريم .

هذه أهم النتائج أسأل الله تعالى أن ينفعنا بما علمنا ويرزقنا العمل به إنه نعم المولى ونعم النصير .

أهم المراجــع

*****

أولاً : القرآن الكريـــم .

ثانياً : -

١- الأحكام السلطانية أبو يعلى - مطبعة مصطفى الحلبى - طبعة ثانيــة ســنة ١٣٨٦هــ .

٢- الأحكام فى تمييز الفتاوى من الاحكــام وتصرفــات القــاضى والامــام - القرافى- مطبعة الأنوار بمصر - طبعة أولى سنة ١٣٥٧ هــ .

٣- البحــر الرائــق شــرح كـنــز الدقائق لابن نجيم - مطبعـــة دار الكتــب العلمية بمصر سنة ١٣٣٣ هــ .

٤- الحاوى الكبير الماوردى وهو شرح مختصر المزنى - دار الكتب العلميـــة بيروت - لبنان .

٥- الزخيرة للقرافى - دار العربى الاسلامى .

٦- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير تأليف أبو القاسم عبد الكريـــم محمد الرافعى - دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

٧- الفروق لأحمد بن ادريس القرافى - مطبعة عيسى البابى الحلبى - الطبعـــه الأولى سنة ١٣٤٦هــ.

٨- القواعد لابن رجب - الطبعة الأولى سنة ١٣٥٣ هــ .

٩- المصباح المنير .

١٠- المغنى لابن قدامه - مطبعة دار المنار - طبعة ثالثة سنة ١٣٦٧ هــ

١١- المهذب للشيرازى - مطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٧٩ هــ.

١٢- الوجيز للغزالى - مطبعة الآداب سنة ١٣١٧ هــ .

١٣- أحكام الأحكام لابن دقيق العيد - مطبعة الشرق سنة ١٣٤٢ هــ .

١٤- أحكام القرآن للقرطبى - طبعة الشعب .
١٥- إعلاء السنن تأليف ظفر أحمد العثمانى - دار الكتب العلمية - بيروت .
١٦- تحفة المحتاج أحمد بن حجر الهيثمى - المطبعة الميمنية بمصر - طبعة ثالثة سنة ١٣١٥ هـ .
١٧- تهذيب الفروق محمد على بن مسيس - مطبوع على هامش الفروق للقرافى .
١٨- حاشية الباجورى الشيخ ابراهيم الباجورى - مطبعة السعادة - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ .
١٩- حاشية السندى .
٢٠- حاشية الشيرازى وأحمد بن قاسم العبادى على تحفة المحتاج - المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٥ هـ .
٢١- حاشية العبادى .
٢٢- حاشية شهاب الدين القليوبى وعميره - مطبعة عيسى البابى الحلبى .
٢٣- رد المحتار على اندر المختار للشيخ محمد أمين والشهير بابن عابدين - دار الطباعة المصرية سنة ١٢٧٢ هـ .
٢٤- سنن ابن ماجه - مطبعة عيسى الحلبى سنة ١٣٧٣ هـ .
٢٥- شرح المحلى على المنهاج وحاشية قليوبى وحاشية عميرة - مطبعة مصطفى الحلبى سنة ١٣٧٥ هـ .
٢٦- شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام - دار مكتبة الحياه بيروت .
٢٧- شرح كتاب النيل وشفاء العليل - مكتبة الارشاد جدة .
٢٨- صحيح مسلم بشرح النووى - المطبعة المصرية القاهرة سنة ١٣٤٩ هـ .
٢٩- فتح البارى بشرح صحيح البخارى ابن حجر - المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٨هـ .

٣٠- قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار محمد علاء الدين عابدين - المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٧ هـ .
٣١- قواعد الأحكام لابن عبد السلام - دار الشروق للطباعة بالقاهرة سنة ١٣٨٨ هـ .
٣٢- مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية - مطبعة السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٨هـ .
٣٣- معالم السنن الخطابى - المطبعة العلمية بحلب الطبعة الأولى سنة ١٣٥٢هـ .
٣٤- مغنى المحتاج محمد بن أحمد الشريف - مطبعة مصطفى الحلبى سنة ١٣٥٢ هـ
٣٥- منح الجليل محمد أحمد عيس - المطبعة العلمية القاهرة سنة ١٢٩٤ هـ .
٣٦- نصب الراية الزيلعى مطبعة - دار المأمون بشبرا الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧ هـ
٣٧- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج مختلف الطبع .
٣٨- نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار من أحاديث سيد الأخيار صلى الله عليه وسلم - مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .